

University of Groningen

Een grafrede op het Nederlandse Privaatrecht? Over de toekomst van het Nederlandse privaatrecht in de Europese Unie

Berg, P.A.J. van den

Published in:

Recht in regio. Bijdragen, gebundeld ter gelegenheid van de BW-dag 2006 te Groningen

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version

Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:

2006

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Berg, P. A. J. V. D. (2006). Een grafrede op het Nederlandse Privaatrecht? Over de toekomst van het Nederlandse privaatrecht in de Europese Unie. *Recht in regio. Bijdragen, gebundeld ter gelegenheid van de BW-dag 2006 te Groningen*, 5-22.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

EEN GRAFREDE OP HET NEDERLANDSE PRIVAATRECHT?

Over de toekomst van het Nederlandse privaatrecht in de Europese Unie

P.A.J. van den Berg

1 DE REGIONALISERING VAN HET NEDERLANDSE PRIVAATRECHT

Een regio is een gebied dat onderdeel uitmaakt van een groter staatsverband, maar dat tegelijkertijd een zeker zelfstandig bestaan kent als bestuursseenheid. De omvang van de autonomie kan per regio verschillen, soms zelfs binnen één en dezelfde staat.¹ Tot de zelfstandige bevoegdheden van een regio kan ook het opstellen van privaatrechtelijke regels behoren. Van ‘regionaal privaatrecht’ is dan sprake indien de regionale overheid van deze bevoegdheid gebruikt heeft gemaakt. Zo opgevat, kent Nederland al bijna twee eeuwen geen regionaal privaatrecht meer. Sinds de invoering van de codificatie is de nationale wetgever exclusief bevoegd tot het opstellen van privaatrechtelijke wetten. Dit heeft geresulteerd in een staat waarin de regelgeving op het gebied van het privaatrecht uniform is. Zelfs het zogenaamde beklemdrecht, waarvan de gelding hoofdzakelijk tot de provincie Groningen was beperkt, staat op het punt van uitsterven sinds in de jaren zeventig is besloten om het uit het Burgerlijk Wetboek te schrappen.² Voor de meeste andere Europese landen geldt hetzelfde. Het model van een staat waarin uniformiteit bestaat ten aanzien van de privaatrechtelijke regelgeving is dominant geworden. Uitzonderingen zijn er natuurlijk wel. Spanje kent een aantal autonome regio’s met een in een aantal opzichten afwijkend privaatrecht, zoals Catalonië, Galicië en Aragón.³ Sinds de jaren vijftig zijn deze regels vastgelegd in zogenaamde *compilaciones de derecho civil foral*. Ook het sterk op de eenheidsgedachte geënte Frankrijk erkent het regionale privaatrecht van Elzas-Lotharingen, dat in 1871 door Duitsland was geannexeerd en pas sinds 1918 definitief onderdeel uitmaakt van de Franse staat.⁴ Een bijzondere positie neemt het Verenigd Koninkrijk in. Daar zijn Schots recht en Engels recht

1 In de documenten voor de dertiende *Conference of European ministers responsible for local and regional government*, gehouden te Helsinki in het kader van de Raad van Europa, worden zes typen regio’s beschreven. Zie MCL-13 (2002) 4.

2 Het beklemdrecht was geregeld in artikel 1654 (oud) BW. Een commissie onder voorzitterschap van J.H. Beekhuis stelde nog voor een meer uitgebreide regeling van dit recht in het nieuwe BW op te nemen. Artikel 2 van dit voorstel bepaalde dat het beklemdrecht alleen gevestigd zou kunnen worden in de provincie Groningen. De minister besloot anders. *Rapport van de commissie inzake wettelijke regeling van het beklemdrecht* (Den Haag 1961), 6. Bijlagen Tweede Kamer, zitting 1972/1973, nr. 4572, p. 5-6.

3 E. Merino-Blanco, *The Spanish legal system* (Londen 1996), p. 21-22 en 47-51. I.C. Ibán, *Einführung in das spanische Recht* (Baden-Baden 1995), 166-168. Artt. 13-16 Código civil (C. Sempere Rodríguez (red.)).

4 J. Ghestin & G. Goubeaux, *Traité de droit civil* (Parijs 1990), p. 266-268.

naast elkaar blijven bestaan. Geen van beide rechtsstelsels zou ik echter aan durven merken als regionaal recht.

De toenemende integratie van de Europese staten in het grotere verband van de Europese Unie maakt een eind aan deze relatief overzichtelijke situatie van uniforme nationale rechtsstelsels. Er komt steeds meer wetgeving op het gebied van het privaatrecht tot stand in Brussel. Sinds 1985 zijn Europese richtlijnen uitgevaardigd betreffende consumentenkrediet, overeenkomsten op afstand, pakketreizen, verkoop langs de deur en vele andere terreinen.⁵ De Unie acht zich blijkbaar bevoegd op het terrein van het privaatrecht. Deze bevoegdheid is wel beperkt tot terreinen die relevant zijn voor het waarborgen van de gemeenschappelijke markt.⁶ Maar zoals uit de genoemde richtlijnen blijkt, wordt daartoe in ieder geval ook de bescherming van consumenten gerekend. Tegelijkertijd behouden de lidstaten een algemene bevoegdheid tot wetgeving op privaatrechtelijk gebied. Er ontstaat daardoor een gelaagde structuur met betrekking tot de rechtsvorming. Dit is in overeenstemming met het in de Europese Unie gehanteerd bestuursstelsel dat wel met de term 'multi-level governance' wordt aangeduid. Het Europese systeem van rechtsvorming wordt in navolging hiervan al een 'multi-level legal system' genoemd.⁷ Maar het feit dat er regelgevende bevoegdheid bij de lidstaten blijft berusten laat onverlet dat zij een hogere autoriteit op het gebied van het privaatrecht boven zich moeten dulden. De problemen die hierdoor worden veroorzaakt in de interne rechtsorde behoren onderhand al tot de dagelijkse ervaring. Het is moeilijk om de concepten uit de Europese regels in te passen in het nationale privaatrechtelijke systeem.⁸ Maar belangrijker is wellicht dat de nationale rechtssystemen, en dus ook het Nederlandse recht, door de supranationale bevoegdheid van de Unie in toenemende mate de status van regionaal recht krijgen. Dit roept de vraag op die in deze bijdrage centraal zal staan: wat zal de toekomst zijn van dit regionale Nederlandse privaatrecht?

Ik zie drie mogelijkheden. Het eerste scenario is dat er een verdere regionalisering van het recht zal plaatsvinden. Men zegt immers een Europa van de regio's te willen realiseren. Dit zou betekenen dat er meer ruimte komt voor Catalaans recht, Baskisch recht en wellicht ook voor de terugkeer van het Groningse recht. Ten tweede is het mogelijk dat de huidige situatie in grote lijnen wordt gehandhaafd. Dit zou betekenen dat het Nederlandse privaatrecht als regionaal recht zal blijven voortbestaan, naast het Europese privaatrecht dat wellicht langzaam wordt

5 J.M. Smits, 'Toward a multilayered contract law for Europe' in: S. Grundmann & J. Stuyck (red.), *An academic green paper on European contract law* (Den Haag/Londen/New York 2002), p. 387-398 (388-389).

6 S. Weatherill, 'The Commission's options for developing EC consumer protection and contract law: assessing the constitutional basis', *European Business Law Review* (2002), 497-515.

7 S. Grundmann, 'The optional European Code on the basis of the Acquis Communautaire – Starting point and trends', *European Law Journal* 10 (2004), p. 698-711 (709).

8 C. von Bar, 'From principles to codification: Prospects for European Private Law', *Columbia Journal of European Law* 8 (2002), p. 379-388 (385).

uitgebreid. Een derde mogelijkheid is dat een uniform Europees privaatrecht de regionale rechtsstelsels zal vervangen.

Welk van deze scenario's zal worden verwezenlijkt, en wat derhalve de toekomst is van het Nederlandse privaatrecht, zal vermoedelijk afhankelijk zijn van de politieke structuur die aan de Europese Unie gegeven zal worden. Het zal afhankelijk zijn van de mate van uniformiteit en bestuurlijk centralisme die nodig geacht zal worden voor een werkbare Unie. Deze discussie over het nut en nadeel van uniformiteit zal ook ten aanzien van het recht gevoerd worden, sterker nog: zij is al begonnen. Het heeft geleid tot de vraag of rechtsverscheidenheid al dan niet noodzakelijk is. Is recht universeel en kan het dus overal hetzelfde zijn, op zijn minst binnen de grenzen van dezelfde staat, c.q. de Unie? Of is het voortbestaan van regionaal recht in een aantal gevallen onvermijdelijk met het oog op de bijzondere omstandigheden van de (Europese) regio's? Deze vragen zijn niet nieuw. Ook voor de invoering van de negentiende-eeuwse codificaties in Europa stonden deze twee theorieën over wetgeving centraal in het debat over de wenselijke politieke structuur van de West-Europese staten. Het is de bedoeling van deze bijdrage om de uitkomst van dat debat te schetsen om zo meer zicht te krijgen op de toekomst van de privaatrechtelijke rechtsverscheidenheid, zoals die op dit moment in de Europese Unie bestaat.

2 HET ANCIEN RÉGIME EN DE TELOORGANG VAN REGIONAAL RECHT

2.1 Een politiek van centralisatie

Ten tijde van het *Ancien Régime* was regionaal privaatrecht een heel gebruikelijk verschijnsel. Dit was het gevolg van het feit dat de meeste Europese staten in die periode een systeem van 'multi-level governance' kenden, inclusief een gelaagd systeem van rechtsvorming. De competentie tot het opstellen van regels met betrekking tot het privaatrecht was verdeeld over verschillende niveaus. In Frankrijk waren de meeste privaatrechtelijke regels opgesteld in de regio's zelf, in Bretagne, in Normandië of in de Provence. Het betrof veelal gewoonterecht, dat immers een dominante positie had in de rechtsbronnenleer zoals die tot aan de codificaties gold. De vorst had slechts de bevoegdheid tot het uitvaardigen van nationale ordonnanties op een relatief beperkt aantal privaatrechtelijke aangelegenheden, zoals procesrecht. Bovendien golden deze ordonnanties niet onverkort in de diverse regio's. Zij dienden te worden geregistreerd door de hoogste regionale rechterlijke instanties, de parlementen. Registratie vond soms slechts gedeeltelijk plaats of in gewijzigde vorm. Deze situatie was constitutioneel vastgelegd: de vorst mocht geen inbreuk op maken op het regionale recht. Dit resulteerde in het naast elkaar bestaan van nationaal en regionaal recht.

De Republiek der Verenigde Nederlanden kende eveneens een gelaagd systeem van rechtsvorming, maar zoals op zoveel punten was zij ook in dit opzicht een buitenbeentje. De Republiek vormde immers een losse statenbond, waarin de provincies soeverein waren. In het bijzonder ontbeerde het hoogste orgaan van

de bond, de Staten Generaal, bevoegdheid tot regelgeving op privaatrechtelijk terrein. Dit was louter een provinciale aangelegenheid, waarbij overigens de invloed van het Romeinse recht groot was. Zo gold in Holland het zogenaamde Rooms-Hollandse recht, in Friesland het Rooms-Friese recht, in Overijssel het Rooms-Overijsselse recht en in Brabant het Rooms-Brabantse recht.⁹ In de strikte zin waren deze rechtsstelsels dan ook eigenlijk geen regionaal recht, maar nationaal recht. Dat wil niet zeggen dat er geen regionaal recht bestond. Binnen de diverse provincies bestonden ook weer gebieden met hun eigen rechtsstelsel, ook in Groningen. Echt regionaal was daar het recht van de Groninger Ommelanden, zoals het landrecht van Hunsingo, Fivelgo en het Westerkwartier.¹⁰ Ook in de Republiek was het gewoonterecht een uiterst belangrijke rechtsbron.

Regionaal privaatrecht is dus kenmerkend voor staten, waarin de regio's zelfstandige, autonome bevoegdheden kennen op het gebied van het privaatrecht. Sinds de negentiende eeuw zijn dergelijke staten zeldzaam geworden in West-Europa. Het systeem van 'multi-level governance' zoals dat in de meeste West-Europese staten bestond, werd in de loop van de zeventiende en achttiende eeuw in toenemende mate als een anomalie ervaren. De centrale overheid streefde ernaar meer greep te krijgen op de regio's en hun bevolking. Een staat waarin de belangrijkste bevoegdheden op centraal niveau werden uitgeoefend, werd het ideaal. De Europese staten waren overigens ten dele gedwongen tot een dergelijke politiek, omdat zij waren verwickeld in een felle competitie met de hen omringende staten. Met de centralisatie van het bestuur werd uniformiteit een voor de hand liggend streven. De staat was in deze periode in veel opzichten blind, niet alleen vanwege de enorme verscheidenheid tussen de mensen onderling, maar ook vanwege de verschillen tussen de gebieden waar ze woonden.¹¹ De premoderne staat was weinig transparant, zoals men het tegenwoordig zou aanduiden. Standaardisatie van zaken zoals maat, gewicht en munt zou het voor de ambtenaren in de hoofdstad mogelijk maken een heel gedetailleerde kaart van het land op te stellen. Het land zou met een dergelijke kaart aanzienlijk gemakkelijker zijn te besturen. Het is duidelijk dat de moderne centrale overheid ook groot belang heeft bij het concept van individuele burgers die in bestuurlijk-juridisch opzicht volledig gelijk zijn. Zij worden daardoor inwisselbaar en over-

9 J.H.A. Lokin, C.J.H. Jansen & F. Brandsma, *Het Rooms-Friese recht, de civiele rechtspraak van het Hof van Friesland in de 17e en 18e eeuw* (Leeuwarden 1999). F.A.J. van der Ven, 'Rooms-Overijssels recht', *GROM* 20 (2003), p. 49-95. J.M.J. Chorus, 'Hedendaags Romeins-Brabants recht' in: T.E.A. Bosman (red.), *Brabandts recht dat is ... : opstellen aangeboden aan prof. mr. J.P.A. Coopmans ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar Nederlandse rechtsgeschiedenis aan de Katholieke Universiteit Brabant* (1990), p. 65-76.

10 J.H.A. Lokin, 'SPEIP 96a ofwel Bartolus en het Ommelander Landrecht' in: *Bibliotheek, wetenschap en cultuur. Opstellen aangeboden aan mr. W.R.H. Koops* (Groningen 1990), p. 308-320 (311).

11 J.C. Scott, *Seeing like a state. How certain schemes to improve the human condition have failed* (New Haven/Londen 1998), p. 2.

plaatsbaar. Ook culturele homogeniteit binnen dezelfde staat werd gezien als noodzakelijk.¹²

De opkomst van het ideaal van de gecentraliseerde staat heeft ook gevolgen gehad voor het recht. Tot 1800 was, zoals gezegd, rechtsverscheidenheid regel. Iedere regio kende een eigen privaatrecht, en zelfs binnen de regio's konden grote verschillen bestaan. In de negentiende eeuw werd in de meeste staten een einde gemaakt aan deze situatie door middel van een codificatie. Sindsdien overheerst de gedachte dat in ieder geval binnen hetzelfde staatsverband het recht uniform zou moeten zijn. In Frankrijk werd in 1804 de Code civil ingevoerd met als belangrijkste doelstelling de afschaffing van het regionale recht en de invoering van rechtseenheid. In Nederland waren de veranderingen nog groter. Tijdens de Bataafse revolutie werd de soevereiniteit van de afzonderlijke provincies opgeheven en de eenheidsstaat geproclameerd. Enkele jaren later, in 1809, bracht het Wetboek Napoleon ingericht voor het Koninkrijk Holland de bijbehorende rechtseenheid. De gevolgen voor het recht waren enorm, ook in de provincie Groningen. Niet alleen het 'regionale' Ommelander recht werd opgeheven. Ook het 'nationale' Groningse recht verloor zijn gelding. Het gevolg van deze codificaties was dat regionaal recht als verschijnsel in West Europa werd gemarginaliseerd. De meeste Europese staten hebben, zoals gezegd, tegenwoordig eigen nationale, uniforme privaatrechtelijke wetten. Zij waren de uitwerking van hetgeen Griffiths heeft aangeduid als de 'ideology of legal centralism'.¹³

Terzijde kan wel worden opgemerkt dat het maar de vraag is of met de codificaties het recht ook daadwerkelijk uniform is geworden.¹⁴ De abstracte regels zijn weliswaar hetzelfde, maar iedere advocaat is op de hoogte van het feit dat de interpretatie ervan per rechter, en onder omstandigheden dus ook per regio, kan verschillen. Een uniforme uitleg kan wel dichter worden benaderd indien zaken aan een hoogste nationale rechtsinstantie worden voorgelegd. Maar dat gebeurt lang niet in alle gevallen en is soms zelfs niet mogelijk. Bovendien worden niet alle rechtswesties op formele wijze benaderd en afgehandeld. Tevens kunnen contractpartijen in veel gevallen afwijken van de wettelijke bepalingen. Achter de façade van een uniform wetboek kan blijkbaar een flinke dosis rechtsverscheidenheid schuil gaan. In die zin zouden de codificaties in belangrijke mate als symboolwetgeving kunnen worden beschouwd. Zij bieden vooral een gevoel van eenheid. Dit is in overeenstemming met het feit dat zij, zoals gezegd, mede een politiek doel dienden, te weten het creëren van nationale eenheid en een nationale identiteit. Aangezien er geen sprake is van een formele inkadering van

12 H.P. Glenn, 'Legal cultures and legal traditions' in: M. Van Hoecke (red.), *Epistemology and methodology of comparative law* (Oxford/Portland, Oregon 2004), p. 7-20 (15-16).

13 J. Griffiths, 'What is legal pluralism?', *Journal of legal pluralism and unofficial law* 24 (1986), p. 1-55 (4-5).

14 J.H.A. Lokin & W.J. Zwolve, *Hoofdstukken uit de Europese codificatiegeschiedenis* (Groningen 1992), p. 278. Griffiths, 'What is legal pluralism?', p. 3.

deze rechtsverscheidenheid valt zij overigens niet onder de hierboven weergegeven opvatting van 'regionaal recht'.

2.2 *De opkomst van het ideaal van een uniform recht*

De centralisering van wetgevende bevoegdheden werd begeleid door een verandering in de opvatting over recht en rechtsverscheidenheid. Tot aan de zeventiende eeuw was uniformiteit geen vanzelfsprekend ideaal. Het uitgangspunt was dat er in iedere samenleving twee soorten regels bestonden. Ieder volk werd geacht een aantal rechtsregels te hebben, die gemeenschappelijk waren aan alle volkeren. Maar het was ook onomstreden, dat een belangrijk deel van de normen aangepast dienden te zijn aan de specifieke omstandigheden waarin degenen voor wie zij bedoeld waren, tegenwoordig spreekt men wel van normadressanten, verkeerden. Een bevolking die in woestijn leeft, zou andere regels nodig hebben dan een groep mensen in een waterrijk land. Het was de vaste overtuiging, dat fysieke verschillen noodzaakten tot rechtsverscheidenheid tussen de verschillende bevolkingsgroepen. Deze opvatting, kortelings aangeduid als de klimaattopos, kan al worden aangetroffen bij Plato en Aristoteles.¹⁵ Ook in de Middeleeuwen werd zij veelvuldig vertolkt, onder meer in het *Decretum Gratiani*.¹⁶ De topos was overigens niet beperkt tot de verhouding tussen klimaat en recht. Karakter en gebruiken van een bevolking werden eveneens geacht te worden beïnvloed door de specifieke fysieke omstandigheden waarin zij leefde.¹⁷

De gedachte is evenwel enigszins contra-intuïtief voor de hedendaagse mens, omdat uniformiteit de afgelopen eeuwen een alsmaar grotere aantrekkingskracht heeft gekregen. Een wat uitgebreider voorbeeld, gesitueerd in de eerste helft van de negentiende eeuw, is daarom wellicht op zijn plaats.¹⁸ In Engeland was in die periode de landeigenaar wiens vee uitbrak en schade toebracht aan de gewassen van zijn buurman aansprakelijk. Hij werd kennelijk geacht zijn perceel te omheinen om zo de controle over zijn vee te behouden. Dit is een voor de hand liggend uitgangspunt in een dichtbevolkt gebied. De Amerikaanse koloniën waren evenwel in die tijd nog dunbevolkt en loslopend vee was een gebruikelijk verschijnsel. De juridische situatie werd aan die andere situatie aangepast: aan de eigenaar van de beschadigde gewassen werd slechts schadevergoeding toegekend, indien deze zijn perceel had omheind. De klimaattopos zag overigens niet alleen op fysieke verschillen in bijvoorbeeld de geografie, maar ook op meer subjectieve, mentale omstandigheden. Rechtsregels, zo was de overtuiging, moesten ook passen bij het temperament en de opvattingen van de bevolking

15 Plato, *The laws* (Harmondsworth 1984; T.J. Saunders (red.)), boek 5, §9. Aristoteles, *The politics* (Cambridge 1988; S. Everson (red.)), boek 7.

16 Dist. 4, c. 2.

17 Zie de studie van John Barclay (1582-1621), getiteld *Icon Animorum* (Londen 1614), waarin hij de gewoonten en instituties van de volkeren van Europa beschrijft vanuit de veronderstelling dat deze bepaald zijn door hun leefomgeving.

18 K. Zweigert & H. Kötz, *An introduction to comparative law* (Oxford 1998), p. 240.

voor wie zij waren bedoeld. Recht werd in mindere mate dan tegenwoordig gezien als een element ter sturing van de samenleving. Het recht werd, samenvattend, geacht voor een belangrijk deel identiteitsvolgend te zijn en niet zozeer identiteitsvormend.

In de loop van de zeventiende eeuw kwam de klimaattoepos als verklaring en rechtvaardiging van rechtsverscheidenheid onder vuur te liggen, als gevolg van de opkomst van het natuurrechtelijke gedachtegoed. Het accent kwam steeds meer te liggen op dat deel van het recht dat aan alle mensen gemeenschappelijk was. De opkomst van de wiskunde als wetenschap droeg substantieel bij aan de gedachte van een universeel recht, mede onder invloed van de geschriften van René Descartes (1596-1650). Ook in de achttiende eeuw vond deze opvatting nog veel aanhang. Christian Wolff (1679-1754), van oorsprong een wiskundige, meende dat rechtsregels met behulp van de ratio *more geometrico* konden opgesteld. Hij maakte daarmee de banden met de fysieke werkelijkheid aanzienlijk losser. Enkele decennia later fulmineerde J.A.N. Condorcet (1743-1794), een wiskundige die als politicus grote invloed had tijdens de Franse Revolutie, tegen rechtsverscheidenheid met een beroep op het bestaan van een rationeel en universeel natuurrecht.¹⁹ Sommigen gingen nog een stap verder, door te beweren dat de eisen der rechtvaardigheid noodzaakten tot een recht dat overal ter wereld gelijk was. Mensen dienden immers overal gelijk te worden behandeld. Kenmerkend voor deze visie is een zin uit de prikkelende 294-ste *pensée* van de zeventiende-eeuwse filosoof Blaise Pascal (1623-1662), luidende: 'Een vermakelijke rechtvaardigheid, die door een rivier wordt begrensd! Waarheid aan dezen kant der Pyreneeën, dwaling aan gene.'²⁰

In deze universalistische natuurrechtelijke opvatting bestond er geen enkele belemmering voor de invoering van een overal ter wereld gelijk recht. De bestaande rechtsverscheidenheid werd namelijk niet langer uit verschillen in fysieke omstandigheden verklaard, maar werd beschouwd als een overblijfsel uit het feodale tijdperk. Lokale feodale heersers hadden, zo werd betoogd, het recht expres verschillend gemaakt ten opzichte van de naburige regio in een poging om hun eigen bevolking van een te onderscheiden identiteit te voorzien. De zeventiende-eeuwse rechtsgeleerde Jean Domat (1625-1696) vertolkte deze opvatting en zij werd ook na hem vele malen opgevoerd ter ondersteuning van een pleidooi voor rechtseenheid, onder meer door Voltaire en Jean-Ignace Jacqueminot (1758-1813), die in 1799 door Napoleon werd benoemd in een codificatiecommissie.²¹ Ten tijde van de Bataafse revolutie werd de bestaande rechtsverscheidenheid ook in Nederland op deze wijze verklaard, met name door de voor-

19 P.A.J. van den Berg, *Codificatie en staatsvorming* (Groningen 1996), p. 264-265.

20 *Gedachten van Blaise Pascal* (Amsterdam 1919; L. Brunschvicg (red.)), p. 125.

21 J. Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel* I (Parijs 1713), 'Préface', p. 3-4. Voltaire, *Oeuvres complètes* 19 (Parijs 1879), p. 180-181. P.A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil* I (Parijs 1827), p. 527.

standers van een eenheidsstaat.²² Overigens begint zich met deze opvatting over de oorzaak van de rechtsverscheidenheid al een meer instrumentele visie op het recht af te tekenen. Recht werd immers gezien als een middel om de identiteit van een bevolking te vormen. Zoals hierna zal blijken, werd deze visie in de loop van de achttiende eeuw gemeengoed onder invloed van Rousseau.

De universalistische natuurrechtsleer oefende, zoals gezegd, ook in de achttiende eeuw nog grote invloed uit en zij werd regelmatig ingezet ter ondersteuning van een pleidooi voor rechtseenheid. Toch verloor zij vanaf het begin van die eeuw aan gezag, zonder overigens geheel te verdwijnen. Er kwam weer meer ruimte voor de klimaattopos. Montesquieu heeft daar een moeilijk te overschatten bijdrage aan geleverd met zijn populaire boek *De l'esprit des lois* uit 1748.²³ Hij verdedigde daar de gedachte dat de meeste rechtsregels afhankelijk waren van de specifieke omstandigheden van de bevolking waarvoor ze bedoeld waren. Slechts in uitzonderlijke gevallen zouden daarom dezelfde regels van toepassing kunnen worden verklaard op verschillende volkeren. Hij kon dan ook weinig waardering opbrengen voor het in zijn ogen gemakzuchtige streven naar uniformiteit. 'Il y a de certaines idées d'uniformité qui saisissent quelquefois les grands esprits (car elles ont touché Charlemagne), mais qui frappent infailliblement les petits'.²⁴ Ook sommige natuurrechtsgeleerden zwakten de universalistische pretentie van het natuurrecht af. Christian Thomasius (1655-1728) betoogde dat het in overeenstemming was met de rede dat een bevolking werd bestuurd met behulp van wetten die bij haar pasten en waarvan zij ook op de hoogte waren, althans konden zijn. De essentie van 'vrijheid' was immers het bestuurd worden door eigen wetten. Het natuurrecht was geregionaliseerd.

De herwaardering voor de klimaattopos betekende evenwel geen volledige terugkeer naar de situatie van voor de universalistische natuurrechtsdenkers. De visie op de verhouding tussen recht en samenleving was namelijk veranderd. Recht werd nu ook gezien als een neutraal instrument om de samenleving in de gewenste richting te sturen. Dit ligt al enigszins besloten in de nieuwe, hiervoor weergegeven verklaring van de bestaande rechtsverscheidenheid. Rechtsverscheidenheid vloeide in die verklaring voort uit de willekeur van de feodale heren, die hun eigen gebied wilden doen onderscheiden van de gebieden van andere heren. Rousseau trok hieruit een belangrijke consequentie. Hij schreef dat de overheid ervoor moest zorgen dat het recht van de eigen staat verschillend was van dat van de buurstaten.²⁵ Rechtsverscheidenheid was, aldus Rousseau, niet zozeer noodzakelijk vanwege fysieke verschillen, maar wenselijk om de identi-

22 L. de Gou, Het Plan van Constitutie van 1796: chronologische bewerking van het archief van de Eerste Constitutiecommissie (Den Haag 1975), p. 41, 44 en 74.

23 Montesquieu, *De l'esprit des lois* I (Parijs 1961; G. Truc (red.)), p. 10-11. Zie voor de ontwikkeling van deze topos in de Montesquieu's geschriften: R. Shackleton, 'The evolution of Montesquieu's theory of climate', *Revue Internationale de Philosophie* 32 (1955), p. 317-329.

24 Montesquieu, *De l'esprit des lois* II, p. 295.

25 J.J. Rousseau, *Oeuvres Complètes* III (Dijon 1970), p. 958, 962 en 1535.

teit van de eigen natie te versterken. De inhoud van de wetten deed er daarom bij hem niet toe, zolang ze maar bijdroegen aan de liefde voor het vaderland. Recht werd, met andere woorden, niet meer gezien als vooral identiteitsvolgend, maar in toenemende mate als identiteitsvormend. De ‘natie’ werd door hem beschouwd als een politieke eenheid, waarvan de identiteit nog voor een belangrijk deel moest worden ingevuld.

In de voetsporen van Rousseau werd de natiestaat in de negentiende eeuw de focus van een dergelijke, op de vorming van identiteit gericht wetgeving. Tully spreekt in dit verband van ‘constitutional nationalism’.²⁶ Moderne constituties zijn, aldus Tully, formeel gebaseerd op een afspraak tussen individuen, een sociaal contract, en hebben tot doel om een nieuw verband te creëren. Hierin verschillen zij van meer traditionele constituties, die vooral bevestigden hoe een volk georganiseerd was. Het is opvallend dat de klimaattopos, zij het in de voornoemde gewijzigde vorm, ook bij het moderne constitutionalisme goede diensten kon bewijzen. Dit kan geïllustreerd worden aan de hand van de opvattingen van de eerder genoemde Van Manen, een invloedrijk lid van de (eerste) constitutiecommissie die zich in de tweede helft van 1796 boog over een ontwerp grondwet voor Bataafse Republiek. Van Manen, die zich veel Rousseauiaans gedachtegoed eigen had gemaakt, ging uit van het axioma dat de Nederlandse natie één politieke entiteit vormde, bezig met het opstellen van een sociaal contract. Dit sociale contract diende ingericht te zijn naar de bijzondere aard en werkzaamheden van de natie, een duidelijk teruggrijpen op de klimaattopos. Tenminste een deel van het contract, of constitutie diende, aldus Van Manen, specifiek Nederlands te zijn, ‘in onderscheiding der constitutien van andere Natien die andere ligging en betrekking hebben’.²⁷ Aangezien de Nederlandse natie als geheel, samenvallend met de staat, het sociale contract werd geacht te sluiten, werden de verschillen tussen de verschillende gebieden genegeerd. De eenheid was, zoals gezegd axiomatisch. Daardoor was er ook geen ruimte voor regionale rechtsverscheidenheid. In feite werd zo de klimaattopos ingezet ter bevestiging en versterking van een specifiek eigen nationaal recht, dat gold voor de gehele staat.

Uiteraard bleven voorstanders van het voortbestaan van verschillend regionaal recht binnen één en dezelfde staat de topos ook gebruiken ter verdediging van hun standpunt.²⁸ Zij bleven betogen dat de regionale verschillen binnen de staat noodzaakten tot het behoud van rechtsverscheidenheid. Maar dit meer klassieke gebruik van de klimaattopos zoals gepropageerd door auteurs als Montesquieu

26 J. Tully, *Strange multiplicity. Constitutionalism in an age of diversity* (Cambridge 1995), p. 7-9, 58-60 en 66-68.

27 De Gou, *Het Plan*, p. 17.

28 Zie voor Frankrijk J.-A.-M. Cazalès (1758-1805), afgevaardigde naar de Nationale Vergadering; *Archives Parlementaires de 1787 à 1860 I* (Parijs 1867), p. 570 en 577. Zie voor Nederland de jurist W.Y. van Hamelsveld (1771-1835), *Verhandeling over de middelen, om Nederlands vrijheid zuiver te genieten* (Amsterdam 1796), p. 84-85.

had relatief weinig aantrekkingskracht. Tijdens de formatieve periode van de nationale staat was rechtsverscheidenheid binnen een staat als fenomeen in een slecht daglicht komen te staan. Dergelijke rechtsverscheidenheid was namelijk, zoals hiervoor is gebleken, met name in Frankrijk verbonden geraakt met het feodale tijdperk. De negatieve associaties die die periode oproept, gaven ook aan de regionale rechtsverscheidenheid een slechte klank. Rationalisatie en uniformering werden beschouwd als het kenmerk van het tijdperk van de vooruitgang.²⁹ Nationale rechtseenheid was de norm geworden, als resultaat van een wat merkwaardige combinatie van geregionaliseerd natuurrecht en de herboren klimaattopos.

3 DE EUROPESE UNIE EN HET IDEAAAL VAN EEN UNIFORM RECHT

Het bestuur van de Europese Unie is georganiseerd op een wijze die, zoals eerder opgemerkt, wel wordt aangemerkt als ‘multi-level governance’. Op supranationaal niveau worden een aantal belangrijke competenties uitgeoefend, terwijl ook op nationaal niveau aanzienlijke bevoegdheden bestaan. Over het algemeen wordt deze structuur gepresenteerd als iets nieuws en moderns. De achterliggende veronderstelling daarbij is dat de Unie geen staat (in wording) zou zijn, en daarom niet gericht zou zijn op het centraliseren van de soevereiniteit.³⁰ Het systeem van ‘multi-level governance’ wordt daarmee zelfs begerenswaardig, omdat nadelige aspecten van een staat, zoals nationalisme en een drang naar uniformiteit zouden kunnen worden vermeden. Indien de Unie inderdaad een postmoderne politieke entiteit is, zonder aspiraties tot staatsvorming in de klassieke zin, zou dat goed nieuws zijn voor hen die de toekomst van het Nederlandse privaatrecht als regionaal recht een warm hart toedragen. In de context van een dergelijke Unie zou immers ruimte ontstaan voor andere vormen van juridische integratie, die meer gelegenheid bieden voor pluriformiteit.³¹ Er is echter wel wat af te dingen op de veronderstelling dat de Unie niet wordt gemodelleerd naar het klassieke staatsmodel.

Ten eerste maakt de voorgaande historische schets duidelijk dat ‘multi-level governance’ geen nieuw concept is. Het was, zoals hiervoor is opgemerkt, ook al de bestuursstructuur van Frankrijk en de Nederlandse Republiek ten tijde van het *Ancien Régime*. Ten tweede is geconstateerd dat de levensduur van het systeem beperkt is gebleken. Het heeft weliswaar gedurende enkele eeuwen verhoudingsgewijs goed gefunctioneerd, maar het werd toch in toenemende mate als een anomalie ervaren. Deels zal dat het gevolg zijn geweest van de toene-

29 Tully, *Strange multiplicity*, p. 67.

30 I. Pernice, ‘Europäisches und nationales Verfassungsrecht’, *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* 60 (2001), p. 148-188. S. Hobe, ‘Bedingungen, Verfahren und Chancen europäischer Verfassungsgebung’, *Europarecht* 38 (2003), p. 1-16 (7-10).

31 H. Schepel, ‘Legal pluralism in the European Union’ in: P. Fitzpatrick & J.H. Bergeron (red.), *Europe’s other: European law between modernity and postmodernity* (Aldershot, Hampshire 1998), p. 47-66.

mende verstrengeling van de samenstellende regio's van deze beide staten. In dat opzicht zou het systeem van multi-level governance wel eens kenmerkend kunnen zijn voor een staat die - in ieder geval vanuit huidig perspectief - nog niet is volgroeid. Belangrijker is dat de bezwaren tegen de bestuursstructuur van het *Ancien Régime* ook werden ingegeven door het hiervoor geschetste nieuwe ideaal voor een staat. De ideale staat wordt sinds het einde van de achttiende eeuw, zoals opgemerkt, gekenmerkt door een gecentraliseerde soevereiniteit en een hoge graad van uniformiteit. Er zijn aanwijzingen dat ook de Europese Unie zich niet aan dit ideaal weet te onttrekken. Er wordt namelijk wel betoogd dat de politiek van de Unie kenmerken vertoont van de klassieke natiestaat in wording.³² Om die reden is de discussie rondom de vraag of er één 'Europees volk' bestaat ook zo beladen.³³ Met het oog hierop is het de vraag of het systeem van 'multi-level governance' een lang leven beschoren zal zijn. Er wordt weliswaar gesproken over een 'Europa van de regio's', maar het is bepaald niet zeker of die regio's ook op de langere termijn substantiële autonomie zal worden toegekend.

Daarmee komt ook het voortbestaan van het Nederlandse privaatrecht als regionaal recht in gevaar. Er is geen twijfel over dat wetgeving een essentieel instrument is voor de Europese overheid, waarbij uniformering een belangrijk doel is. Het is in dat licht niet verwonderlijk dat er op het gebied van het privaatrecht al geruime tijd de roep om een uniforme Europese codificatie klinkt.³⁴ Daarbij wordt in eerste instantie aan het verbintenissenrecht gedacht, maar ook ten aanzien van de andere onderdelen van het privaatrecht wordt codificatie overwogen. Wel is in dit verband de opmerking gerechtvaardigd dat de regeling van het eigendomsrecht van de afzonderlijke lidstaten in het EG-Verdrag wordt gewaarborgd.³⁵ Aan de voorstellen voor een uniforme codificatie liggen regelmatig politieke doeleinden ten grondslag.³⁶ Blase meent zelfs dat Europa er haar politieke

32 P. Fitzpatrick, 'New Europe and old stories: mythology and legality in the European Union' in: P. Fitzpatrick & J.H. Bergeron (red.), *Europe's other: European law between modernity and post-modernity* (Aldershot, Hampshire 1998), p. 27-45. G. de Búrca, *The EU Constitution: in search of Europe's international identity* (Groningen 2005).

33 P.A.J. van den Berg, "'Burger" of "volk" als nieuw fundament voor de Europese Unie? Opmerkingen naar aanleiding van het Europese burgerschap in de Grondwet voor Europa', *NJB* 80 (2005), p. 1035-1038.

34 P.A.J. van den Berg, 'Lawyers as political entrepreneurs? A historical perspective on the contribution of lawyers to legal integration in Europe' in: A. Jettinghof & H. Schepel (red.), *In lawyers' circles. Lawyers and European legal integration* (Den Haag 2004), p. 163-190 (184-189).

35 Artikel 295 EG-Verdrag. Deze bepaling is in iets aangescherpte vorm als artikel III-425 teruggekeerd in het OntwerpVerdrag tot vaststelling van een Grondwet voor Europa: 'De Grondwet laat de regeling van het eigendomsrecht in de Lid-Staten geheel onverlet'.

36 Von Bar, 'From principles to codification', p. 385. O. Lando, 'Principles of European contract law. An alternative or a precursor of European legislation', *Rechtszeitschrift* 56 (1992), p. 261-273 (262-263). Roos wijst op de gevaren van een dergelijk gebruik van codificatie in de Europese context. Het zou juist anti-Europese sentimenten kunnen oproepen. N. Roos, 'NICE dreams and realities of European private law' in: M. Van Hoecke (red.), *Epistemology and methodology of comparative law* (Oxford 2004), p. 197-228 (200-201).

onafhankelijkheid tegenover de Verenigde Staten mee kan tonen.³⁷ In hoeverre hiertegen weerstand kan worden geboden, zal niet alleen afhangen van de politieke tegendruk tegen verdergaande centralisatie van bevoegdheden op Europees niveau. Mede bepalend daarvoor zullen de thans heersende opvattingen over de (meer)waarde van rechtsverscheidenheid zijn. Zoals eerder is opgemerkt, is die waardering sinds de achttiende eeuw niet erg groot als het om rechtsverscheidenheid binnen één staat gaat. Nationale rechtseenheid is de norm. De vraag die nu voorligt, is welke houding de deelnemers aan de Europese discussie over de toekomst van het privaatrecht in Europa innemen ten aanzien van het nut en nadeel van diversiteit van rechtsregels. Ik laat de opvatting dat de lidstaten van de Europese Unie voor een belangrijk deel al een gemeenschappelijk recht hebben, en dat deze 'common core' nog slechts hoeft te worden blootgelegd buiten beschouwing.³⁸

Vooropgesteld kan worden dat de klimaattopos nog steeds onderdeel uitmaakt van de discussie over rechtsverscheidenheid. Dit is ook niet verwonderlijk, want deze topos maakt, zoals eerder opgemerkt, ook deel uit van de moderne opvattingen over de verhouding tussen wetgeving en samenleving. Een beroep op de klassieke klimaattopos waarbij rechtsregels als identiteitsvolgend worden beschouwd, wordt evenwel slechts bij een enkeling aangetroffen. Het is niet toevallig dat zich onder hen één van de bekendste tegenstanders van een uniforme codificatie bevindt, namelijk de Canadese rechtsvergelijker Legrand. Legrand benadrukt de verschillen tussen enerzijds de Engelse rechtscultuur, de *common law*, en anderzijds de rechtscultuur van de landen op het continent.³⁹ Ook wijst hij op de onderlinge verschillen tussen de verschillende continentale rechtsculturen. Hij betoogt dat deze verschillen ten aanzien van het recht tussen de verschillende Europese landen niet toevallig zijn. Zij zijn het resultaat van historische ontwikkelingen en hangen samen met een specifieke sociologische configuratie. Zij zijn nauw verbonden met de cultuur en hebben dus een goede bestaansreden. Zij zijn noodzakelijk met het oog op de specifieke omstandigheden en mentaliteit van het land. Bovendien meent hij dat de achterliggende cultuur van ieder land een grote autonomie kent; deze culturen hebben een zelfstandige ontwikkeling. Er zal in zijn visie daarom geen sprake zijn van een meer dan oppervlakkige convergentie tussen de verschillende Europese rechtsculturen. Het heeft daarom geen zin om een uniforme codificatie na te streven.

37 F. Blase, 'A uniform European law of contracts – Why and how?', *Columbia Journal of European Law* 8 (2002), p. 487-491 (490). Vgl. ook U. Mattei, 'Hard minimal code now' in: S. Grundmann & J. Stuyck, *An academic green paper on European contract law* (Den Haag/Londen/New York 2002), p. 215-233 (228).

38 M. Van Hoecke, 'The harmonisation of private law in Europe: some misunderstandings' in: M. Van Hoecke & F. Ost (red.), *The harmonisation of European private law* (Oxford/Portland, Oregon 2000), p. 2 (noot 9).

39 P. Legrand, 'On the unbearable localness of the law: Academic fallacies and unseasonable observations', *European Review of Private Law* 1 (2002), p. 61-76 (64). P. Legrand, 'The impossibility of "legal transplants"', *Maastricht Journal* 4 (1997), p. 111-124.

De meeste andere auteurs die zich op enigerlei wijze op de klimaattopos baseren, erkennen eveneens dat rechtssystemen een grote samenhang vertonen met de onderliggende cultuur. Zij wijzen er evenwel op dat beide aan verandering onderhevig zijn en dus ook kunnen convergeren met andere (rechts)culturen.⁴⁰ Zij kennen daarbij het recht een veel belangrijkere rol toe als instrument ter bevestiging of versterking van de identiteit van de bevolking van een staat. Dit is bijvoorbeeld het geval bij Lequette, net als Legrand een erkend tegenstander van een uniforme Europese codificatie.⁴¹ Lequette betoogt dat de Franse Code civil een bepaald type samenleving in Frankrijk tot stand heeft gebracht. De Code is daarmee tegelijkertijd ook de uitdrukking geworden van de Franse identiteit. Hij is het symbool van de Franse natie geworden, en speelt als zodanig ook een belangrijke rol bij de integratie van immigranten in de Franse samenleving, aldus Lequette. Aangezien een Europese codificatie de functie van de Code civil als element van sociale cohesie in de Franse samenleving zou wegnemen, verwerpt hij een dergelijke codificatie. Het zal geen verbazing wekken dat deze opvatting, waarin recht als identiteitsvormend wordt gezien, ook kan worden aangetroffen bij een aantal uitgesproken voorstanders van een uniform Europees wetboek. Basedow stelt zich op het standpunt dat de nationale codificaties van de achttiende en negentiende eeuw een belangrijke bijdrage hebben geleverd aan de nationale identiteit van de huidige lidstaten.⁴² Tegenwoordig hangt deze identiteit echter niet meer af van die wetboeken, zo vervolgt hij. Dat is anders met de Europese identiteit, die immers nog *in statu nascendi* is. Daarom is het van het grootste belang om een Europese codificatie in te voeren, om de Europese identiteit te ontwikkelen en te versterken. Banakas vertolkt vrijwel dezelfde ideeën.⁴³ De huidige privaatrechtelijke wetboeken zijn verklaringen van nationale juridische identiteit en een Europese codificatie is daarom vereist met het oog op een gemeenschappelijke Europese identiteit. Interessant is dat hij daarbij ook een typisch natuurrechtelijk argument gebruikt ter verdediging van rechtseenheid. Hij betoogt namelijk dat de rechtvaardigheid een gelijke behandeling van alle 'European nationals' vereist. Daarom is uniformering van onder meer het aansprakelijkheidsrecht noodzakelijk. Opgemerkt kan worden dat hier sprake is van de regionale variant van het natuurrecht. De focus ligt op een gelijke behandeling binnen de grenzen van de Unie.

40 Van Hoecke, 'The harmonisation of private law in Europe', p. 19-20. Geertz wijst er overigens op dat interactie tussen culturen in de meeste gevallen niet tot convergentie leidt. C. Geertz, 'The uses of diversity', *Michigan Quarterly Review* 25/1 (1986), p. 105-123 (109).

41 Y. Lequette, 'Quelques remarques à propos du projet de code civil européen de M. von Bar', *Recueil Le Dalloz* 178/28 (2002), p. 2202-2214 (2206). Y. Lequette, 'Vers un code civil européen', *Pouvoirs: revue française d'études constitutionnelles et politiques* 107 (2003), p. 97-126 (104-105).

42 J. Basedow, 'Codification of private law in the European Union: the making of a hybrid', *European Review of Private Law* 9 (2001), p. 35-49 (41). Vgl. ook J. Basedow, 'The case for a European contract law' in: S. Grundmann & J. Stuyck, *An academic green paper on European contract law* (Den Haag/Londen/New York 2002), p. 147-157 (153-154).

43 S. Banakas, 'European tort law: is it possible?', *European Review of Private Law* 10 (2002), p. 363-375 (364 en 366).

Daarnaast zijn er auteurs die de zogenaamde ‘culturalist approach’ van het privaatrecht, die uitgaat van een verwevenheid tussen recht en cultuur, verwerpen.⁴⁴ In het bijzonder het vermogensrecht zien zij als vooral technisch van aard en niet zozeer als een uitdrukking van culturele normen en waarden. Onder deze auteurs is een aantal bekende voorstanders van codificatie, zoals bijvoorbeeld Van Gerven.⁴⁵ Hij ziet culturele verschillen niet als een obstakel voor codificatie op Europees niveau. Hij zet daarbij het natuurrechtelijke gedachtegoed in ter onderbouwing van de haalbaarheid van rechtseenheid. Hij betoogt namelijk dat de dagelijkse praktijk van zowel academici als praktijkjuristen de universaliteit van het recht laat zien.⁴⁶ Zijn beroep op rechtvaardigheid als belangrijk argument ten gunste van codificatie moet in het verlengde hiervan gezien worden. Codificatie is ook wenselijk omdat gelijke situaties gelijk moeten worden behandeld, aldus Van Gerven. Dit is een gedachte die al veel eerder leefde, getuige de opmerking van Hallstein, de eerste president van de Europese Commissie, dat alle gevallen binnen de Europese Unie op gelijke wijze behoren te worden behandeld.⁴⁷ Het vasthouden aan rechtsverscheidenheid als uiting van culturele verscheidenheid wordt daarbij vaak als weinig vooruitstrevend, als conservatief betiteld. Een goede Europeaan moet wel voor uniformering zijn.⁴⁸ Een enkeling associeert rechtsverscheidenheid zelfs met een gevaarlijk spook uit het verleden, te weten nationalisme. Daarom hoopt Hesselink dat zich op Europees niveau een post-nationaal privaatrecht zal ontwikkelen, dat geheel los staat van dergelijk gedachtegoed.⁴⁹

Ten slotte kan in dit overzicht de Deense hoogleraar Lando, de meest fervente voorvechter van een Europese codificatie, niet ontbreken. Het is enigszins paradoxaal dat Lando, die aan de wieg heeft gestaan van de Principles of European Contract Law (PECL), zich op het eerste gezicht op de klassieke klimaatopos

44 G. Betlem & E.H. Hondius, ‘European private law after the Treaty of Amsterdam’, *European Review of Private Law* 9 (2001), p. 3-20 (18). G. Alpa, ‘European Community resolutions and the codification of “private law”’, *European Review of Private Law* 8 (2000), p. 321-332 (330). Zie over de ‘cultural approach’ van recht: Roos, ‘NICE dreams and realities of European private law’, p. 202-213.

45 W. van Gerven, ‘Codifying European Law’ in: M. Van Hoecke (red.), *Epistemology and methodology of comparative law* (Oxford/Portland, Oregon 2004), p. 137-164 (145 en 147).

46 Een dergelijke universalistische benadering van het recht was aan het begin van de twintigste eeuw populair in kringen van rechtsvergelijkers. Rechtsverscheidenheid werd gezien als het resultaat van toevallige omstandigheden. J.M. Smits, ‘The principles of European Contract Law and the harmonisation of private law in Europe’ in: A. Vacquer (red.), *La tercera parte de los principios de derecho contractual europeo* (Valencia 2005), p. 567-590 (§ 3.3).

47 De opmerking is te vinden bij: J. Basedow, ‘A common contract law for the common market’, *Common Market Law Review* 33 (1996), p. 1169-1195 (1170).

48 Legrand, ‘On the unbearable localness of the law’, p. 66 en 70. Vgl. ook S. Weatherill, ‘Why object to the harmonization of private law by the EC?’, *European Review of Private Law* 12 (2004), p. 633-659 (633).

49 M.W. Hesselink, ‘The politics of a European civil code’, *European Law Journal* 10/6 (2004), p. 675-697 (679). Vgl. ook: M.W. Hesselink, *The new European private law* (Den Haag 2001), hoofdstuk 2.

lijkt te baseren.⁵⁰ Lando, verwerpt expliciet de natuurrechtelijke gedachte dat recht overal in de wereld hetzelfde kan zijn. Regels ten aanzien het contractenrecht hebben, aldus Lando, namelijk niets met waarheid te maken. Zij hangen samen met de ethische uitgangspunten, de economische structuur en de stand van de techniek van het land waarvoor zij bedoeld zijn. Lando constateert vervolgens dat er in dit opzicht geen verschillen bestaan in de Europese Unie. Alle Europese landen delen de juridische-ethische waarden van een christelijke samenleving, terwijl zij allemaal een door de staat gereguleerde markteconomie hebben. Aangezien er een gemeenschappelijke basis bestaat, ziet hij geen enkel obstakel om een einde te maken aan de huidige rechtsverscheidenheid in Europa. Er dient wel te worden opgemerkt dat de door Lando veronderstelde gemeenschappelijk basis slechts bestaat uit een verwijzing naar een nauwelijks concreet ingevuld gedachtegoed. De veronderstelling is meer een axioma, op die manier de bestaande culturele verschillen negerend. Hij kan daarom beter gerekend worden tot degenen die met behulp van het privaatrecht een Europese identiteit willen creëren.

Uit het bovenstaande overzicht kan geconcludeerd worden dat het voortbestaan van regionaal recht in een toekomstig Europa wel eens problematisch zou kunnen zijn. De theorie die het krachtigst de positie van regionaal recht ondersteunt, de klassieke klimaattopos, kent immers slechts weinig aanhangers. De meeste auteurs hebben een opvatting over de verhouding tussen recht en samenleving die overeenkomt met de visie zoals die zich sinds het einde van de achttiende eeuw heeft gemanifesteerd als pendant van het proces van moderne natievorming. Een deel van deze auteurs accepteert weliswaar de verwevenheid van recht en cultuur, maar zij zien recht niet zozeer als identiteitsvolgend, zoals in de klassieke klimaattopos, maar als identiteitsvormend. Zij hangen een meer moderne variant van de klimaattopos aan. Hoewel ook deze opvatting ter verdediging van rechtsverscheidenheid kan worden aangevoerd, zoals het voorbeeld van Lequette laat zien, verliest zij haar kracht op het moment dat de vorming van een identiteit op een hoger, Europees niveau noodzakelijk wordt geacht.

Een ander deel van de auteurs betoogt dat het recht een cultureel neutraal instrument is. Dit standpunt is ook niet erg gunstig voor de toekomst van regionaal recht. In deze visie is een beroep op culturele verschillen tussen de lidstaten als argument tot behoud van regionaal recht immers per definitie krachteloos. Net als twee eeuwen geleden worden de verdedigers van rechtsverscheidenheid op culturele gronden soms zelfs geassocieerd met een verleden dat gelukkig achter ons ligt. Het spook uit de tijd van weleer is nu evenwel niet de feodaliteit, maar het nationalisme. Zo wordt het politiek correct om de uniformering van het privaatrecht te steunen. Bovendien is het de vraag hoe overtuigend de neutraliteit

50 O. Lando, 'Why codify the European law of contract?', *European Review of Private Law* 5 (1997), p. 525-535 (529-530). O. Lando, 'European contract law after the year 2000', *Common Market Law Review* 1998, p. 821-831 (825-827). Lando, 'Principles of European contract law', p. 263.

van het recht is waar het gaat om de vorming van identiteit. Collins laat zien dat privaatrecht ontegenzeggelijk samenhangt met culturele waarden, bijvoorbeeld omtrent de positie van het individu in de samenleving.⁵¹ Harmonisatie van privaatrechtelijke regels zal daarom leiden tot een keuze tussen de verschillende opvattingen hieromtrent. Hij betoogt dat de voorstellen voor een Europese codificatie gezien moeten worden als onderdeel van de creatie van een nieuwe Europese identiteit. Uit het voorgaande overzicht blijkt dat dit voor ten minste een aantal voorstanders van een Europese codificatie een juiste gevolgtrekking is. Volgens Collins leidt Europese integratie dus niet tot de vraag of er een Europese identiteit gecreëerd zal worden, maar in hoeverre die zou moeten worden bevorderd ten koste van nationale en regionale tradities.

Met de vaststelling dat regionale rechtsstelsels in de Europese Unie onvermijdelijk onder druk zullen komen te staan als gevolg van het streven naar uniformering, is nog niet gegeven dat zij ook voor het grootste deel zullen verdwijnen. Weatherill heeft wel vertrouwen in een constitutionele benadering.⁵² Hij betoogt dat de bepalingen in de Europese verdragen inzake flexibiliteit en subsidiariteit voldoende aanknopingspunten bieden om regionale rechtsstelsels, althans voor zover ze cultureel bepaald zijn, te beschermen. Hij stelt voor om tot een nauwkeurige beschrijving te komen van enerzijds regionale rechtsregels die de simpele praktijk van conflictoplossing met het oog op een efficiënte marktwerking niet te boven gaan, en anderzijds de rechtsregels die dragers zijn van culturele waarden. Met een beroep op het beginsel van subsidiariteit zou die laatste categorie rechtsregels onaangetast dienen te blijven. Het is de vraag of het streven naar centralisatie en uniformering op deze wijze kan worden gekeerd. Collins betwijfelt of er een heldere scheidslijn valt aan te brengen tussen enerzijds technische rechtsregels en anderzijds rechtsregels met een cultureel-normatieve waarde.⁵³ Belangrijker is waarschijnlijk dat de implementatie van begrippen als flexibiliteit en subsidiariteit bepaald niet eenvoudig is. Davies betoogt dat het concept subsidiariteit al veronderstelt dat de bevoegdheid als zodanig al op centraal niveau berust.⁵⁴ Dat betekent dat de door Weatherill voorgestelde indeling, gesteld al dat die gemaakt zou kunnen worden, opgesteld zal worden door een centrale overheid, in dit geval de Unie. Opnieuw blijkt dat centralisatie en uniformering van het recht inherente onderdelen vormen van de moderne staatsopvatting. Het is de vraag of er enig constitutioneel kruit, zoals bijvoorbeeld een nauwkeurige omschrijving van de competenties, is opgewassen tegen deze 'ideology of legal centralism'.

51 H. Collins, 'European private law and the cultural identity of states', *European Review of Private Law* 3 (1995), p. 353-365 (359 en 364-365).

52 Weatherill, 'Why object to the harmonization of private law by the EC?', p. 649-651.

53 Collins, 'European private law and the cultural identity of states', p. 359.

54 G. Davies, 'Subsidiarity: the wrong idea, in the wrong place, at the wrong time', *Common Market Law Review* 43 (2006), p. 63-84.

Het 'multi-level legal system' vindt ook buiten de constitutionele en culturele kaders ondersteuning. Diversiteit zou een intrinsieke waarde hebben en zelfs de kracht van Europa uitmaken. Dit zou ook gelden voor diversiteit van rechtsstelsels. Grundmann betoogt dat rechtsverscheidenheid de economie juist ten goede zou komen, omdat het competitie tussen rechtsregels mogelijk maakt.⁵⁵ Hierdoor zou het recht flexibeler worden, hetgeen beter past bij een moderne, innovatieve samenleving. Ook van deze benadering kan betwijfeld worden of zij tot het behoud van regionaal recht zal leiden. Zij veronderstelt dat de Europese integratie op louter economische gronden berust en laat het element van de politieke integratie buiten beschouwing. Indien het hierboven geschetste uitgangspunt dat de politieke component van de Europese integratie minstens zo belangrijk is geworden als de economische juist is, is het niet erg waarschijnlijk dat het 'multi-level legal system' een lang leven beschoren zal zijn. Het staat immers haaks op het ideaal van een gecentraliseerde en geüniformeerde staat dat, zoals hiervoor opgemerkt, reeds gedurende twee eeuwen dominant is. Het is daarom waarschijnlijk dat het model van nationale rechtseenheid als onderdeel van de staatsvorming zal prevaleren.

4. DE TOEKOMST VAN HET NEDERLANDSE PRIVAATRECHT

In de inleiding is geconstateerd dat als gevolg van de Europese integratie een bestuursstructuur is ontstaan die gekenmerkt wordt door 'multi-level governance'. Als uitvloeisel hiervan heeft zich ook een 'multi-level legal system' ontwikkeld, waarbinnen het Nederlandse privaatrecht een regionaal rechtsstelsel is geworden. De vraag is vervolgens opgeworpen wat de toekomst van dit regionale rechtsstelsel zal zijn. Er is een drietal mogelijkheden geformuleerd, te weten een verdere regionalisering van het recht, handhaving van de status quo of vervanging van de regionale rechtsstelsels door een uniform Europees privaatrecht.

Vervolgens is betoogd dat een dergelijk systeem van 'multi-level governance' ten tijde van het *Ancien Régime* weliswaar gebruikelijk was, maar dat het daarna in toenemende mate als een anomalie is beschouwd. De moderne staatsopvatting, die reeds twee eeuwen dominant is, hecht groot belang aan centralisatie en uniformering. De opvatting over de verhouding tussen recht en samenleving is met deze gewijzigde staatsopvatting eveneens veranderd. Lange tijd heeft de klassieke klimaatopos, waarin het recht geacht werd de samenleving vooral te volgen, een grote aantrekkingskracht genoten. Maar als pendant van de nieuwe staatsopvatting ontwikkelde zich ook een nieuwe visie op de functie van het recht. Het recht werd steeds meer beschouwd als een instrument ter sturing van de samenleving en in het bijzonder ter versterking van de nationale identiteit.

55 Grundmann, 'The optional European Code', p. 709.

Ten slotte is vastgesteld dat de Europese Unie zich niet aan deze nieuwe idealen omtrent staat en recht lijkt te kunnen onttrekken. Er zijn aanwijzingen dat in ieder geval een aantal bestuurders het model van de klassieke natiestaat voor ogen staat. Bovendien blijkt bij degenen die zich over de toekomst van het privaatrecht in Europa buigen de moderne opvatting van recht als identiteitsvormend instrument te overheersen. Er worden van diverse kanten wel pogingen gedaan om regionaal recht enigszins te beschermen, onder meer met constitutionele middelen. Maar het is twijfelachtig of deze opgewassen zijn tegen het nog steeds dominante model van nationale rechtseenheid. Zolang geen levensvatbaar alternatief wordt bedacht voor dat model zal vroeg of laat het Nederlandse rechtstelsel vervangen worden door een uniforme Europese codificatie.

